

Recomendação n.º 1/B/2019
relativa à Lei n.º 32/2008, de 17 de julho
Perguntas e Respostas

1. Por que razão deve ser revista a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho?

Apesar de se tratar de um acto legislativo nacional, a Lei n.º 32/2008 está diretamente vinculada pela Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, por se tratar de um acto de aplicação do direito da União^[1].

Tal significa que as disposições dessa lei têm obrigatoriamente que se conformar com os direitos fundamentais da Carta, tal como interpretados pelo Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE).

Ora, a Lei n.º 32/2008 transpôs para a ordem jurídica nacional a Diretiva 2006/24/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2006, relativa à conservação de dados gerados ou tratados no contexto da oferta de serviços de comunicações eletrónicas publicamente disponíveis ou de redes públicas de comunicações, e que altera a Diretiva 2002/58/CE.

Sucedo que essa diretiva foi declarada inválida pelo TJUE no acórdão [*Digital Rights Ireland Ltd*](#), datado de 8 de Abril de 2014. No entender do Tribunal da União, a diretiva europeia violava os direitos fundamentais consagrados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Os fundamentos da declaração de invalidade viriam mais tarde a ser esclarecidos e completados no acórdão [*Tele2*](#), datado de 21 de Dezembro de 2016.

A partir do momento em que a Diretiva 2006/24/CE foi declarada inválida pelo TJUE, em 2014, é como se ela nunca tivesse existido.

Simplesmente, apesar de tal Diretiva ter deixado de existir, o mesmo não se verifica em relação às legislações nacionais dos vários Estados-Membros que a haviam transposto para a sua ordem jurídica.

Ou seja, no que a Portugal diz respeito, a invalidação, em 2014, da Diretiva 2006/24/CE não produziu qualquer efeito sobre a lei nacional de transposição, a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho, a qual, por isso mesmo, se mantém em vigor.

2. Então se, juridicamente, a invalidação da Diretiva europeia não produz qualquer efeito sobre a legislação nacional de cada Estado-Membro, qual é o problema com a Lei n.º 32/2008, de 17 de julho? Por que razão deve, ainda assim, a mesma ser revista pelo legislador nacional?

O problema é que, tal como está, a lei portuguesa *viola* a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Com efeito, não obstante a eliminação da Diretiva 2006/24/CE, a Lei n.º 32/2008 continua a ser um *acto de aplicação do direito da União*, e por isso, *diretamente* vinculado pela Carta (v., *supra*, resposta à pergunta 1), tal como interpretada pelo TJUE.

Tal significa que os fundamentos jurídicos que, de acordo com a argumentação desenvolvida pelo TJUE nos acórdãos já referidos, determinaram a invalidação da Diretiva, são também aplicáveis à legislação nacional.

Ora, embora seja claro que a Lei n.º 32/2008 não padece de alguns dos vícios apontados pelo TJUE à Diretiva 2006/24/CE¹²¹, por outro lado, é também inequívoco que a lei nacional se não conforma às exigências decorrentes do Direito da União, tal como interpretadas pelo TJUE, em aspectos fundamentais do regime por ela instituído.

3. Que aspectos são esses?

Em primeiro lugar, no que respeita ao *âmbito da obrigação de conservação de dados* impendente sobre os operadores de telecomunicações, o legislador português acolhe solução que, expressamente, o Tribunal de Justiça censurou: prevê uma conservação generalizada e indiferenciada de todos os dados de tráfego e dos dados de localização de todos os assinantes e utilizadores registados em relação a todos os meios de comunicação electrónica, sem limitar tal obrigação em função dos critérios indicados pelo TJUE nos termos do parágr. 106 e seguintes do Acórdão *Tele2* (v. ponto 20 da Recomendação).

Além dessa desconformidade fundamental, relacionada com o próprio âmbito da obrigação de conservação de dados, a lei nacional é desconforme com as exigências decorrentes da jurisprudência do TJUE em matéria de *segurança e proteção dos dados conservados* (v. ponto 21 da Recomendação e, *infra*, resposta à pergunta 5).

4. A circunstância de, no que respeita ao *regime de acesso aos dados conservados*, a lei nacional ir ao encontro das exigências da Carta não é então suficiente?

O TJUE, que é o órgão jurisdicional com competência para determinar a correta interpretação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, nos acórdãos a que já se fez referência, parte de uma premissa básica que é a de que existem dois momentos distintos e autónomos de agressão aos direitos fundamentais.

Num primeiro momento, logo com a imposição legal aos operadores de telecomunicações da obrigação de conservação de dados, o TJUE considera dar-se já uma agressão – e uma agressão que, só por si, já é *grave* – aos direitos fundamentais (ou seja, mesmo que a esses dados nunca nenhuma entidade pública venha, posteriormente, a aceder, já se deu uma agressão grave aos direitos individuais pela mera existência e armazenamento dos dados pelos operadores de telecomunicações).

Por sua vez, num segundo momento, que é incerto, o acesso e utilização por parte das entidades públicas competentes consubstancia um nível diferente de agressão aos direitos fundamentais, que vem, por assim dizer, acrescer à agressão – que só por si já é *grave* – implicada pela mera existência e armazenamento temporário desses dados, agressão essa que, por definição, já se deu a montante e que tem que satisfazer, também ela, exigências decorrentes do princípio da proporcionalidade.

Ora, tratando-se de dois níveis diferentes de agressão aos direitos, não é possível argumentar que o facto de a Lei n.º 32/2008 satisfazer, no que respeita ao *regime de acesso* aos dados conservados, as exigências que decorrem da Carta só por si desonera o legislador nacional de efetuar qualquer alteração ao regime nela inscrito.

Isto porque, no que respeita ao primeiro nível de agressão dos direitos, que se dá com a imposição legal de conservação de dados aos operadores de telecomunicações, e que consubstancia só por si uma agressão *grave* desses

direitos, o TJUE, nos acórdãos já referidos, estabeleceu exigências claras, desde logo quanto ao âmbito da obrigação de conservação de dados, que a Lei n.º 32/2008, pura e simplesmente, não cumpre.

Tal significa que, tal como está, a lei portuguesa não cumpre satisfatoriamente as exigências decorrentes da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União e, portanto, mantendo-se inalterada, não há dúvida de que ela viola a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia.

Além disso, como já referido (*supra*, resposta à pergunta 3), a lei nacional é ainda desconforme com as exigências decorrentes da jurisprudência do TJUE em matéria de *segurança e proteção dos dados conservados*.

5. Quer isso dizer que a inviolabilidade dos dados não está garantida, podendo a eles facilmente aceder-se?

Neste momento, não se sabe. E só a dúvida já é motivo de preocupação. Como a Provedora de Justiça refere na sua Recomendação (Pontos 21 e seguintes), o estado atual de aplicação prática da lei é tal que fundados receios existem de que, no domínio da segurança e proteção de dados, se não estejam a cumprir as exigências decorrentes da Carta.

Tais exigências traduzem-se, essencialmente, (i) no dever de assegurar, ao nível nacional, que os serviços de comunicações electrónicas, adoptem medidas técnicas de organização adequadas para «garantir um nível particularmente elevado de proteção e segurança»; (ii) no dever de identificar, ainda ao nível nacional, a entidade independente capaz de controlar e fiscalizar, neste domínio, a atuação dos operadores das comunicações electrónicas.

Ora, é certo que a Lei n.º 32/2008 (i) especifica as regras que os fornecedores de serviços ou redes públicas de comunicações devem seguir no modo de armazenamento (artigo 7.º, n.ºs 1 a 4); (ii) identifica a Comissão Nacional de Proteção de Dados (CNPd) como sendo a entidade competente para o controlo da aplicação de tais regras (artigo 7.º, n.º 5); (iii) define os comportamentos ilícitos, a elas contrárias, que constituem contraordenações ou mesmo crimes (artigos 12.º e 13.º) e, por último, (iv) confere à mesma CNPD a competência para a instauração dos processos contraordenacionais e para a aplicação das correspondentes coimas (artigo 14.º).

Simplesmente, a partir do momento em que a própria CNPD deliberou, através da Deliberação n.º [1008/2017](#), de 18 de julho, «desaplicar [a Lei n.º 32/2008] nas situações que lhe sejam submetidas para apreciação», é legítimo pensar-se que podem agora os operadores de telecomunicações não dispor de qualquer desincentivo para incumprir as obrigações que sobre eles impedem, as quais – de acordo com o Direito da União Europeia – devem corresponder às exigências de garantia de um «nível particularmente elevado de proteção e segurança».

Se o legislador nada fizer, a inviolabilidade dos dados conservados pelos operadores de telecomunicações não está a ser devidamente garantida.

6. Se é esse o entendimento da Provedora de Justiça, por que razão não decidiu dirigir um pedido ao Tribunal Constitucional, a requerer a fiscalização da constitucionalidade da Lei n.º 32/2008?

A Lei n.º 32/2008, de 17 de Julho teve na sua origem uma proposta legislativa governamental. Faz, por isso, todo o sentido que a discussão da sua alteração na Assembleia da República seja precedida de uma proposta de lei preparada pelo Governo. Por essa razão, a Recomendação é dirigida a Sua Excelência a Ministra da Justiça (e não diretamente à AR).

Como a Provedora de Justiça refere na sua Recomendação (Ponto 29), é de evitar, numa matéria como esta, um vazio jurídico que resultaria, inevitavelmente, da declaração, com força obrigatória geral, da inconstitucionalidade do regime instituído pela Lei n.º 32/2008.

À imagem do que, na sequência da invalidação da Diretiva 2006/24/CE pelo TJUE, em 2014, veio a acontecer nos demais Estados-Membros da União Europeia, deve partir do legislador nacional a iniciativa de rever a legislação em conformidade com as exigências decorrentes da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, tal como foram tais exigências interpretadas pela pertinente jurisprudência do Tribunal de Justiça da União.

^[1] Isto por força do disposto no artigo 51.º, n.º 1, da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: «As disposições da presente Carta têm por destinatários as instituições e órgãos da União, na observância do princípio da subsidiariedade, *bem como os Estados-Membros, [...] quando apliquem o direito da União*» [itálico nosso]. Ora, a Lei n.º 32/2008 é justamente um acto de um Estado-Membro de *aplicação do direito da União*.

^[2] Por exemplo, em tudo o que respeita ao *regime de acesso* aos dados conservados, a lei nacional foi cautelosamente trabalhada e já tinha ido mais longe do que a Diretiva, consagrando, assim, um regime que, quanto a esse ponto, acomoda as exigências da jurisprudência do TJUE (v. Ponto 19 da Recomendação da Provedora de Justiça).